

## בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 4111/07

בפני: כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' דנציגר

העותרות: 1. פלונית  
2. פלונית (קטינה)  
3. פלונית (קטינה)

נגד

המשיבים: 1. פלוני  
2. בית-הדין הרבני הגדול  
3. בית-הדין הרבני האזורי בירושלים

**עתירה למתן צו על-תנאי**

תאריך הישיבה: י' בתמוז התשס"ח (13.07.08)

בשם העותרים: עו"ד יעקב חובב  
בשם משיב 1: עו"ד נפתלי שילה; עו"ד פרופ' מיכאל קוריאנאדי  
היועץ המשפטי  
לשיפוט הרבני: עו"ד הרב שמעון יעקבי

### פסק-דין

השופט א' א' לוי:

1. יסודה של עתירה זו בסוגיה הרגישה והמורכבת של הסדרי משמורת בין בני-זוג, הם עותרת 1 ומשיב 1, שהתגרשו זה מזו ולהם שתי בנות צעירות. הואיל ונדמה כי הפרק הנוכחי בהתדיינות המשפטית ביניהם, הנמשכת כבר כארבע שנים, אינו מסמן את סופה, אוכל רק להצר על שלא עלה בידיהם להגיע להסכמה אף בעקבות הדיון שנערך בפנינו. השאלה המשפטית העומדת להכרעתנו היא לאיזו ערכאה מסורה הסמכות לדון בגלגוליה המאוחרים של הפרשה – אם לבית-הדין הרבני או לבית-המשפט לענייני משפחה.

2. בראשית שנת תשס"א (2000) הניחו בני-הזוג בפניו של בית-הדין הרבני האזורי בירושלים הסכם גירושין, בו נקבע בין השאר כי המשמורת על שתי בנותיהם המשותפות תהיה לאישה, ואילו הבעל יהא זכאי להסדרי ראייה קבועים. בדיון, שהתקיים בבית-הדין ביום י"א בחשוון התשס"א (9.11.00), דיברו הדיינים על לבם של בני-הזוג ואף ביקשו להפנותם לייעוץ בניסיון להביא לשלום בית (שורה 43 לפרוטוקול הדיון), ואולם אלה עמדו על מבוקשם להתגרש. לאחר שהציגו לבית-הדין את ההסכם שגיבשו והתחייבו לקבל על עצמם את כל האמור בו (שם, משורה 36), אושר ההסכם כלשונו וקיבל תוקף של פסק-דין, ובעקבותיו ניתן תוקף גם לגט פיטורין בין השניים. כשנה לאחר מכן תיקנו בני-הזוג את ההסכם, בלא ששינו מהסדרי המשמורת והראייה. גם ההסכם המחודש עוגן כלשונו בפסק-דינה של הערכאה הרבנית. מקץ שנה ומחצה, ובניגוד למוסכם, עזבה האישה את הארץ עם שתי הבנות, ובמשך כשנה שהתה בחו"ל בלא שהתאפשר לבעל לפגוש בבנותיו. על אף שלבסוף שבו השלוש לישראל, חשש הבעל כי בכוונת האישה להעתיק את מגוריהן באורח קבע לחו"ל, ועתר לצו המעכב את יציאת הבנות מהארץ. בית-הדין האזורי נענה לבקשתו והוציא מלפניו צו כאמור, ובהמשך הותירה האישה את הבנות אצל הבעל ועזבה את הארץ בגפה. בסמוך לאחר מכן שב הבעל ופנה לבית-הדין הרבני, בבקשה למסירת המשמורת לידיו ובית-הדין הוציא, במעמד צד אחד, צו זמני המורה כי כך ייעשה "עד להחלטה מבית-הדין הקבוע לידון" (החלטה מיום כ"ז באב התשס"ג (25.8.03)).

3. האישה, שעמדה כל העת על עמדתה כי קביעתם של הסדרי משמורת חדשים אינה בסמכותה של הערכאה הרבנית, פנתה לבית-הדין האזורי באמצעות בא-כוחה, המיצגה גם בעתירה שבפנינו. משבושש בית-הדין להכריע בשאלת הסמכות, הוגשה בתאריך ט' באלול התשס"ד (26.8.04) עתירה לבית-משפט זה, למען יצהיר כי החלטותיו של בית-הדין ניתנו בהיעדר סמכות (בג"ץ 7841/04). העתירה נמחקה לאחר שנקבע כי העותרת לא מיצתה את ההליכים, היות שבית-הדין האזורי טרם אמר את דברו וממילא לא נוצלה זכות הערעור לבית-הדין הרבני הגדול. העותרת נתבקשה לשוב אל בית-הדין האזורי למען יכריע בשאלת הסמכות.

בית-הדין האזורי עשה כן, בהחלטה הנושאת תאריך של יום י"ח בחשוון התשס"ה (2.11.04). בדעת רוב חברי ההרכב נקבע, כי בית-הדין קנה לעצמו סמכות נמשכת לדון בהסדרי המשמורת משעה שהצדדים הביאו את הסכם הגירושין לאישורו, ונוכח כך שתפקידו לא התמצה אך במתן חותמת של כשרות לאותו הסכם אלא הוא היה

מעורב בעיצוב תנאיו, ובלשון ההחלטה: "התקיים דיון ובירור. נשאלו שאלות ניתנו הבהרות, ובעיקבות כך ניתנו החלטות" (סעיף א לנימוקי ההחלטה). ההכרה בסמכותו של בית-הדין אך התחזקה, לגישתו, משהובא גם הסכם הגירושין המתוקן לאישורו. לתמיכה בהחלטתו הביא בית-הדין (שם) מפסיקתו של בית-משפט זה, בה הוכרה סמכותה הנמשכת של ערכאה שיפוטית לדון בענין שהונח לפתחה בעבר – ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו(2) 1457 (1961); בג"ץ 637/77 פריזנד נ' בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד לב(2) 485 (1978); בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1982); בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550 (2004). בית-הדין האזורי הוסיף וקבע כי העותרת, בהתנהגותה, הביעה השלמה עם קיום הסמכות בידיה, והכוונה לכך שלא פנתה לערכאה חלופית ואף השתתתה בהעלאת טענתה בענין הסמכות במשך מספר חודשים, שבמהלכם נמשכה ההתדיינות בפניה של הערכאה הרבנית. מנגד, דעת המיעוט קבעה כי בית-הדין נעדר סמכות לדון בהסדרי המשמורת, וכפי שנכתב בלשון תמציתית: "בנסיבות שבנדון והמגבלות בהן הושמו סמכויות בית-הדין, לא נותר לנו לכאורה, כי אם לקבוע שלא ניתנה הסמכות בענין לבית-הדין".

4. על החלטתו של בית-הדין האזורי ערערה העותרת לבית-הדין הרבני הגדול. בדיון שהתקיים בתאריך כ"ב באלול התשס"ה (26.9.05) טען בא-כוחה כי היא אינה רוחשת אמון לערכאה הרבנית, וכי זו נעדרת סמכות לדון בהסדרי המשמורת. בית-הדין הגדול מאן לפסוק בשאלה עליה ייסד עצמו הערעור, היא שאלת הסמכות, אולם משהחל דן בעצמו בדמותם של הסדרי המשמורת הראויים, שוב לא נותר ספק כי מנוי וגמור עמו כי זו מצויה בידיה. בעקבות כך, נאלץ בא-כוחה של העותרת להציג את עמדת מרשתו לגופם של דברים, אך זאת בלא שזנח את הטענה בדבר היעדר סמכות. בכל מקרה, הוסיף וטען עורך-הדין המלומד, מהתנהלותו של בית-הדין ניתן היה להבין כי הוא יגביל עצמו בהכרעותיו לתקופה קצרה, בת שנה לכל היותר, ולא יקנה סמכות עד הגיען של הבנות לגיל בגרות. העותרת עצמה הביעה את חוסר הסכמתה להתדיין בפניה של הערכאה הרבנית בכך שחדלה להופיע לדיונים. אף על-פי כן, הוסיף בית-הדין הגדול לעסוק בהסדרי המשמורת, ובאחת ההחלטות אף ציין – דבר המוכחש מכל וכל בידי בא-כוח העותרת: "קבלנו את הסכמת הצדדים ובאי כוחם, כי בא כוח [העותרת] לא יטען לחוסר סמכות של בית דיננו" (החלטה מיום כ"ח בתמוז התשס"ו (24.7.06)).

במספר החלטות, בהן שבו ונבחנו הסדרי המשמורת, קבע בית-הדין הגדול – תוך שהוא מציב את טובת הבנות נר עיקרי לרגליו – כי זו תהא משותפת ותחולק בין ההורים על-פי ימי השבוע. בהחלטה האחרונה שהוצגה לנו, מיום י"ט בסיוון התשס"ז (5.6.07), נקבע כי ההסדר יותר לעת עתה על כנו, ובסיועם של שירותי הרווחה יימשך מעקב, שכמסתמן אינו מוגבל בזמן, אחר מידת התאמתו למצבן של הבנות.

העתירה והתשובה לה

5. העותרת אוחזת בעמדתה כי לכל אורך הדרך היא התנגדה מפורשות לסמכותו של בית-הדין. משלא נשמעו השגותיה, הוגשה ביום כ"ב באייר תשס"ז (10.5.07) העתירה שבפנינו. על-פי הטענה, אם לבית-הדין הרבני ככלל לא הייתה סמכות לדון בהסדרי המשמורת, קל וחומר כי בית-הדין הגדול – שמתפקידו להכריע בערעור שבפניו ולא לשים עצמו בנעליה של הערכאה האזורית – לא הוסמך לדבר. משיב 1, מצדו, טוען כי העותרת הסמיכה את בית-הדין להידרש להסדרי המשמורת, בכך ששיתפה פעולה עם ההליך שהתקיים בפניו, וכי העלאת טענותיה בעת הזו נגועה בשיהוי ניכר. ברם, באותה נשימה טוען המשיב כי העותרת טרם מיצתה את ההליכים, באשר ערעורה לבית-הדין הגדול – שנסב כזכור על שאלת הסמכות – טרם הוכרע לגופו וגם תהליך גיבושם של הסדרי המשמורת בידי בית-הדין עדיין לא הסתיים. ואם תשאל כיצד מתיישבות טענות אלו זו עם זו, יוסיף המשיב ויטען כי כך או כך עומדת לבית-הדין סמכותו הנמשכת, בעקבות הסמכות הראשונית שקנה לעצמו עם אישורם של הסכמי הגירושים.

דיון – הסמכות הנמשכת ומבחניה

6. על-פי חוק, מוסמך בית-הדין הרבני לדון "בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין" (סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953). הוגשה תביעת גירושין לבית-הדין, ומי מבין הצדדים ביקש לכרוך בה ענינים נוספים דוגמת המשמורת על ילדיהם המשותפים, קנה לעצמו בית-הדין סמכות, ולא סתם סמכות כי אם סמכות ייחודית לדון בנושאים שנכרכו, ובלבד שהכריכה נעשתה כדין (רע"א 9357/96 הר נ' הר, פ"ד נא(2) 618, 621 (1997); בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118, 132 (2003); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, בפסקה 31 לפסק-דינו של הנשיא (בדימו') א' ברק (טרם פורסם, 21.11.06); סעיף 25 לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995). מקל וחומר הוא הדבר, שעה שבני-הזוג כורכים יחדיו את הסוגיות הנלוות לגירושים, בהסדר שהם מניחים לפתחו

של בית-הדין הרבני למען יעוגן כפסק-דין (בג"ץ 566/81 עמדני הנ"ל, בעמ' 7; ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817, 840 (1998)).

7. ברם, כל אשר נאמר – ביחס לסמכותו המקורית של בית-הדין נאמר. ככלל, משהגיע ההליך לסיומו, מוצתה סמכות זו ועברה מן העולם (בג"ץ 2898/03 פלונית הנ"ל, בעמ' 560; בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (לא פורסם, 19.8.04); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 33 (1990)). על מנת שיוכל לשוב ולהידרש לסוגיות שנדונו בפניו, על בית-הדין לקנות סמכותו ממקור אחר, וכזה עשוי להימצא לו ברעיון של סמכות נמשכת (ובשמו האחר, כלל ההמשכיות). על-פיו, תהא הערכאה המקורית – והיא בלבד – מוסמכת לעסוק בגלגולו המאוחר של ענין שנדון בפניה בעבר. אולם, בהיותה של הסמכות הנמשכת – חריג, ושל עקרון הברירה החופשית בין ערכאות – הכלל (בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, 608 (1994)), טיב הענינים בהם נקנית אותה סמכות הוא מוגבל. בפסיקתנו נדונו פרשות-לעשרות בהן התעוררה שאלת קיומה של סמכות נמשכת. מספרם הרב של המקרים שנדונו, ריבוי המשתנים על-פיהם נקבע דבר ומורכבות הניואנסים בהם דיברה הפסיקה קוראים, כמו מאליהם, לביאורה של הסוגיה.

8. אפתח בהצגת העקרון עליו מייסדת עצמה, להשקפתי, ההכרעה בשאלת הסמכות הנמשכת. בלשון תמציתית ניתן לכנותו בשם "מבחן הסיכול". אותו רעיון מיוסד על חשש, כי הכרעה שיפוטית שניתנה בעבר כדין ובסמכות – היא עצמה או רוחה – עלולות להימצא מסוכלות, מקום בו שבה הפרשה שבגדרה ניתנה אותה הכרעה ומעסיקה את הערכאות. זהו חשש הטבוע בעשייה השיפוטית מעצם טיבה, באשר נושאה – ההתנהגות האנושית, לעולם אינו שוקט אל השמרים, ובפרט נכון הדבר שעה שמדובר ביחסים משפטיים ארוכי טווח, דוגמת אלה המעורבים בסוגיות של משמורת לאחר גירושים. אולם, אותו חשש מעמיק באורח ניכר מקום בו מונחת סוגיה משפטית להכרעתן של ערכאות בנות סמכות שיפוט מקבילה, המחזיקות בכללי החלטה נבדלים, כפופות למסורות משפטיות אחרות ונוהגות על-פי דינים שונים. רעיון הסמכות הנמשכת – ולצדו הכלל המשלים בדבר ענין תלוי ועומד (Lis Alibi Pendens), וראו דברי השופט י' זמיר בע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 835) – שואבים מעקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות, שלא לשמו בלבד הוא קיים, כי אם להבטחתה של היכולת לממש הכרעות שיפוטיות שניתנו, או שעתידות לקרום עור וגידים, ולמנוע דיסהרמוניה בהכרעות המתקבלות (בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 398 (1984); ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 205, 212 (1992); בג"ץ 6103/93 לוי

הנ"ל, בעמ' 608)). הדעת נותנת, כי אם יונח לאותה ערכאה לשוב ולהידרש להכרעה שיצאה תחת ידיה, יקטן הסיכון מפני סיכולה של זו, או מפני סיכולו של הקו השיפוטי שנקטה, והוא רלוונטי אף אם השתנו הנסיבות באופן שאינו מאפשר עוד להיזקק לאותה הכרעה.

9. מן המבחן העקרוני נגזרים שני יסודות מעשיים, שהצטברותם יחד משיתה את הבסיס להכרה בקיומה של סמכות נמשכת. לאלה ניתן ביטוי במרביתם של פסקי-הדין שעסקו בסוגיית הסמכות, ובאמצעותם ניתן להתוות קווים ברורים לדמותה של ההלכה המחייבת. התנאי הראשון הוא, כי ההחלטה המקורית ניתנה לאחר בירור ושקילה. עליה לשקף הליך של דיון משפטי, שבמהלכו נשמעו או הוגשו טיעוני הצדדים, נקבעו ממצאים ונתקבלו הכרעות. על כן ברור, ראשית, כי סוגיה מאוחרת שכלל לא נדונה בערכאה המקורית וממילא לא הוכרעה, לא תקים סמכות נמשכת לאותה ערכאה ואפילו היא קשורה לענינים אחרים, שכן נדונו (ע"א 811/80 בלום נ' שטרן, פ"ד לה (3) 757, 761 (1981); בג"ץ 6012/96 גרייבר (סגל) נ' בית הדין הרבני האזורי אשדוד, פ"ד נ(5) 397, 401 (1996); בג"ץ 6193/98 קדור (חלבי) נ' שיח' הינו, פ"ד נג(2) 625, 630 (1999)).

מסקנה שנייה היא, כי אישור פורמאלי של הסכם, שהונח בפניה של ערכאה שיפוטית אך היא לא ירדה לתוכנו ולא הכריעה דבר לגביו, לא יוכל – ככלל – לשמש בסיס להכרה בסמכותה הנמשכת (ע"א 3695/96 צייטלין נ' טשינגל, בפסקה החמישית לפסק-דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן (לא פורסם, 9.4.97); בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125, 133 (2001); בג"ץ 8578/01 חליווה נ' חליווה, פ"ד נו(5) 634, 640 (2002); בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון, בפסקה ח' לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (טרם פורסם, 14.2.08)). עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש:

"אף אם מלכתחילה עשוי היה בית-הדין הרבני לרכוש סמכות שיפוט בסוגיית המשמורת כעניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בגירושין, הרי בפועל באו הצדדים לידי הסכמה בנוגע להחזקת הילדה ולפיכך לא התקיים בפני בית-הדין הרבני דיון מהותי לגופה של הסוגיה האמורה. בנסיבות אלה, אין באישור הסכם הגירושין, כשלעצמו, כדי להקנות לבית-הדין הרבני סמכות שיפוט נמשכת בסוגיית המשמורת". [בג"ץ 8543/03 פלוני נ' פלונית, בפסקה השביעית לפסק-דינה (טרם פורסם, 28.1.07)]

וכבר הוטעם, כי בחינתו של הסכם משמורת קודם אישורו כפסק-דין, שמא אינו עולה בקנה אחד עם טובת הילד, אינה שקולה לדיון ולבירור משפטי מן הסוג האמור. גם בכך עסקה השופטת ביניש, בפרשה בה תלה בית-הדין האזורי במקרה שבפנינו את קביעתו, כי נתונה לו סמכות נמשכת לדון בהסדרי המשמורת:

"ודוק, בניגוד להסכם ממון בין בני-זוג שאישורו נושא אופי פורמאלי, הרי הסכם משמורת בין הורים מחייב את הערכאה המוסמכת בדבר לבחון את תוכן ההסכם ולשקול אם הוא משרת את טובת הילד טרם אישורו... יש להניח כי בטרם אישר בית-הדין את ההסכם הוא אמנם שקל בינו לבינו את טובת הבנות על סמך עיון בהסכם שערכו הצדדים. עם זאת נוכח היעדרו של דיון פרונטלי מהותי לגופה של סוגיית המשמורת אין די בשקילה כאמור כדי להוביל למסקנה כי בית-הדין 'דן ופסק' בסוגיה האמורה לצורך רכישת סמכות נמשכת".

[בג"ץ 2898/03 פלונית הנ"ל, בעמ' 561]

ומנגד, מקום בו התקיים דיון ובירור כאמור, הרי בכל עתירה לשינוי ההכרעה שנתקבלה, לתיקונה או לביטולה, נתונה סמכות נמשכת לערכאה שתחת ידה יצאה הכרעה זו. גם הדיון בבקשה לאכיפת ההכרעה (ובלבד שאינה כרוכה בצורך לפרש את פסק-הדין הנאכף) מסור, כך נדמה, לערכאה המקורית, למצער ככל שעילת הבקשה היא בפקודת בזיון בית-המשפט (התקפה גם בבית-הדין הרבני, על-פי סעיף 7א לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956). באשר לסמכות נמשכת לפרש את אותה החלטה, מקום בו אין היא נהירה די הצורך, אין הפסיקה דוברת לשון אחידה (ראו, מחד, את דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 6103/93 לוי הנ"ל, בעמ' 612, ודברים שכתבה השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, בפסקה 25 לפסק-דינה (טרם פורסם, 6.4.06); ומנגד – את דברי השופט ח' כהן בע"א 164/71 צפניה נ' צפניה, פ"ד כ"ו (1) 515, 517 (1972), ואת דבריה של השופטת ביניש בבג"ץ 8578/01 חליוה הנ"ל, בעמ' 642). אך שאלת הפירוש אינה מתעוררת במקרה שבפנינו ולפיכך תושאר לעת מצוא.

בפרשות שנדונו בביד"מ 1/60 וינטר הנ"ל (בעמ' 1464) ובבג"ץ 637/77 פריזנד הנ"ל (בעמ' 486) – וגם עליהן ביסס בית-הדין האזורי בעניננו את מסקנתו בדבר הסמכות, לא הונח בפניה של הערכאה המקורית הסדר מוסכם. תחת זאת, קוים בירור לגופם של דברים והוא שהקנה לאותה ערכאה סמכות להוסיף ולהידרש למחלוקת עתידית שנתגלעה, ובגדרה התבקש שינוי מן ההחלטות שנתקבלו.

10. חריג אחד הוא לכלל המצוין לעיל. במקרה שבו ניתן פסק-דין, המעגן כלשונו הסכם ממון בין הצדדים (ולהשקפתי גם אותו חלק בהסכם רחב יותר, הנדרש לענייני ממון), מתקיימת באופן חלקי סמכות נמשכת גם בלא שהוכרע דבר. על-פי הכלל הקבוע כיום בסעיף 2(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, שינוי, תיקון או ביטול של ההסכם יכול שיעשה אך בפניה של הערכאה המקורית ("וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור" – לשון החוק. ראו גם ע"א 394/88 מאייר נ' מאייר, פ"ד מד(2) 471, 475 (1990); ע"א 3203/91 אזולאי נ' אזולאי, בפסקה הרביעית לפסק-דינו של השופט ת' אור (לא פורסם, 23.10.95); בג"ץ 8578/01 חליווה הנ"ל, בעמ' 641). מנגד, נקבע בפסיקה, עתירה לאכיפתו או לפירושו של הסכם ממון אינה מקימה סמכות נמשכת לערכאה המקורית (ע"א 556/75 צביק נ' צביק, פ"ד לא(1) 7, 11 (1976); ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 838; בג"ץ 8578/01 חליווה הנ"ל, שם). פסק-דינו של בית-משפט זה בבג"ץ 566/81 עמרני הנ"ל – בו נקבע כי פירושו של הסכם ממוני נתון לסמכותה הנמשכת של הערכאה הרבנית ככל ענין "שלא הגיע לפתרון סופי ומוחלט" (שם, בעמ' 8) – וגם עליו ביסס בית-הדין בענייננו את מסקנתו בענין הסמכות – אינו עולה בקנה אחד עם ההלכה המתוארת, ואין לפיכך מנוס מן המסקנה כי בכל הנוגע לסוגיה בה אנו עוסקים, שוב אין לראות בו דין מחייב. ועוד אעיר, כי טרם הוברר כל צורכו היחס בין דבר ההלכה שנפרשה לעיל, לבין דבר הפסיקה ולפיו בנסיבות מתאימות ניתן לפנות לערכאה שנתנה תוקף של פסק-דין להסכם פשרה, בבקשה לאוכפו על-פי פקודת בזיון בית-המשפט (פסק-דינה של חברתי, השופטת ע' ארבל, ברע"א 3888/04 שרבט נ' שרבט, פ"ד נט(4) 49, 61 (2004)). גם שאלה זו תונח לשעתה.

לענייננו עיקר הוא, כי החריג הנזכר אינו פורש כנפיו על הסכם שאינו ממוני, לרבות הסכם בדבר משמורת הילדים. הסכם כזה כפוף לכלל ולפיו משלא נדונה סוגיה והוכרעה לגופה, לא ניתן להכיר בסמכות נמשכת. אחד הוא לענין זה אם מבקשים לשנות, לאכוף או לפרש את שהוסכם. אדגיש, עם זאת, את מה שנראה לי מובן מאליו, כי מקום בו ממקד מאן דהוא את השגותיו בשאלת כשרותו של הליך אישורו של פסק-דין או בתוקפו של האישור שניתן, מקומן של אלו להתברר בערכאה המאשרת ולא באחרת זולתה.

11. התנאי השני להכרה בקיומה של סמכות נמשכת הוא שהסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של הענין, שהוא המצדיק שיבה אל הערכאה אשר בראשונה (רע"א 158/89 ברכיה בע"מ נ' ביטון, בפסקה הששית



לפסק-דינו של השופט ת' אור (לא פורסם, 22.2.94); בג"ץ 9539/00 איתן הנ"ל, בעמ' 133; בג"ץ 2898/03 פלונית הנ"ל, בעמ' 560). גם לענין זה יפה מבחן הסיכול, שכן החשש מפני סיכולה של ההכרעה המקורית או של רוחה מצטמצם ככל שגדל המרחק בינה לבין הסוגיה החדשה שעל הפרק. "ריחוק בין המחלוקת שפרצה ובין המחלוקת הקודמת שחוסלה, מבחינת הזמן, הוא לבד נותן שהדיון בבית-המשפט לא יתפרש כהסגת גבולו של בית-הדין, שדן בענין הקודם" (השופט י' זוסמן בע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז(4) 2617, 2626 (1963)). אותו ריחוק יכול שיתבטא, בין השאר, בתוכנה של המחלוקת; בזהותם של בעלי-הדין (ע"א 686/86 רובינשטיין נ' רובינשטיין, בפסקה השנייה לפסק-דינו של הנשיא מ' שמגר (לא פורסם, 5.11.87); ע"א 737/88 חרותי נ' חרותי, בפסקה הששית (הראשונה) לפסק-דינו של הנשיא (לא פורסם, 31.12.88)); בפער זמנים שנתגלע; ואפילו במרחק גיאוגרפי (ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 836).

12. להשלמת התמונה, ולמען יודגש כי מוקד הדברים מצוי בהחלטה השיפוטית שניתנה ובצורך לקיימה, אציין גם כי הסכמתם המוקדמת של הצדדים להביא את ענינם בפניה של ערכאה מסוימת, אין פירושה כי אותה ערכאה קנתה לעצמה סמכות להידרש אף לגלגוליו המאוחרים של אותו ענין. "הסמכות הנמשכת", הסביר השופט זמיר, "אינה נובעת מהסכמת הצדדים. היא יונקת את חיותה מפסק-הדין שנתן בית-הדין, וממנו בלבד. ואילו הסכמת הצדדים להתדיין בפני טריבונל מסוים, אין בכוחה אלא להסמיכו לברר את ריבם עד לסיום ההליך התלוי ועומד לפניו" (ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, בעמ' 838). רק מקום בו הסכימו הצדדים לכבול עצמם גם בעתיד לסמכות הערכאה שבפניה באו בראשונה, יקום לזו הכוח לשוב ולהידרש לענין (ע"א 534/73 טננהולץ (כהן) נ' כהן, פ"ד כח(2) 492, 490 (1974); ע"א 159/82 ויז'נסקי נ' רידר, פ"ד לו(4) 763, 757 (1982); בג"ץ 6103/93 לוי הנ"ל, בעמ' 611; ע"א 3868/95 ורבר הנ"ל, שם). הסכמה לסמכות נמשכת אפשר שתיעשה מבעוד מועד, ולחלופין בשלב מאוחר. אולם, לצורך רכישה המאוחרת, לא די בעובדה שבעל-דין נטל חלק בהתדיינות בערכאת ההמשך, אלא יש להראות כי עשה כן בלא שהביע, מייד כשהיה הדבר בידו, הסתייגות מן הסמכות (בג"ץ 573/77 ז"ק נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד לב(1) 281, 289 (1977); בג"ץ 9539/00 איתן הנ"ל, בעמ' 132; בג"ץ 8543/03 פלונית הנ"ל, בפסקה השביעית לפסק-דינה של הנשיאה ביניש).

13. אין זה מיותר לציין, כי כל שנאמר אינו יפה אך באשר לבית-הדין הרבני. אותה הלכה מקיפה גם בתי-דין דתיים אחרים, ואת בית-המשפט לעניני משפחה (בג"ץ 6193/98 קדור הנ"ל, בעמ' 630; בג"ץ 8578/01 חליוה הנ"ל, בעמ' 642).

מן הכלל אל הפרט

14. החלק הרלוונטי בהסכמים, שהניחו בני-הזוג לפתחו של בית-הדין האזורי במקרה שבפנינו, לא עסק בעניני ממון כי אם בהסדרי משמורת. אישור ההסכמים בערכאה הרבנית לא הציבם, אפוא, במגרשו של החריג לכלל, המקנה לבית-הדין סמכות לדון בעתירות לשינויים של הסדרי המשמורת גם בעתיד. גדר השאלה היא, לפיכך, אם לגיבוש ההסכמים קדם הליך משפטי של דיון וברור בפניו של בית-הדין בחינת עובדותיה של פרשה זו, כפי שהן משתקפות בפרוטוקול הדיונים בבית-הדין האזורי ובהחלטותיו, אינה מותירה מקום לספק כי הליך שכזה לא התקיים. בית-הדין האזורי לא לקח חלק בעיצוב תנאיהם של ההסכמים, לא דן ולא בירר דבר בענינם של הצדדים. אפילו קדמו לאישורם של ההסכמים ישיבות בפניו, במהלכן הוצגו לו ההסכמים ונעשה ניסיון למנוע את הגירושים, אין לכך דבר עם קיומו של דיון מן הסוג האמור. בני-הזוג לא היו חלוקים בְּדבר, אדרבה – הסכמתם היא שסללה את הדרך לגירושיהם בפני בית-הדין. הם לא נצרכו כלל להכרעתו של בית-הדין האזורי, ומכאן שלא התמלא התנאי הראשון לרכישתה של סמכות נמשכת. אכן, בהיעדר הכרעה אשר קם חשש כי תסוכל, ולו בשוגג, בידיה של ערכאת ההמשך, לא הושת הבסיס הרעיוני להכרה בקיומה המאוחר של הסמכות.

נותר עוד לבדוק כלום בני-הזוג, בהסכמתם המפורשת או המשתמעת, הם שהקנו לבית-הדין את סמכותו המאוחרת. סבורני, כי גם התשובה לשאלה זו ברורה על-פניה מן החומר שהוצג לנו. לא מצאתי זכר, זולת בקביעתו של בית-הדין הגדול עצמו, לכך כי באיזה משלביה של ההתדיינות ויתרה האישה, או ויתר בא-כוחה בשמה, על הטענה בדבר היעדר סמכות. ההפך הוא הנכון: העותרת חזרה והדגישה, בפניהן של הערכאה האזורית והערכאה הארצית כאחת ובכל הזדמנות שנקרתה על דרכה, באומר ובהתנהגות, כי אין היא משלימה עם סמכותו הנמשכת של בית-הדין הרבני. התנגדותה לא צמצמה עצמה לאולמו של בית-הדין בלבד, ואם חלף זמן-מה בטרם הביאה את עצמותיה בפניו של בית-משפט זה – בפעם האחת ובשנית – לא היה זה אלא מתוך שהמתינה לבית-הדין המלומד, למען ייתן דעתו על טענתה זו ויכריע בה. אכן, אם התמשכו ההליכים במה שנדמה למשיב כשיהוי ניכר, אין האשמה בדבר רובצת לפתחה של העותרת, וודאי שאין לפקוד עליה את ההתדיינות לגופם של דברים, משנוכחה כי אין אוזנה של ערכאת הערעור כרויה להשגותיה ונוכח החשש כי אם לא תטען למהות – ייפגע ענינה.

15. אין לפיכך מנוס מן המסקנה, כי ההרכב הנכבד של בית-הדין הגדול ביטל את ההסכם שאושר בערכאה האזורית ושינה מהסדרי המשמורת, בלא שהייתה בידי הסמכות לעשות כן. אין חולק, כי טובת הבנות היא שעמדה לנגד עיניו, ואולם בכך לא די כדי להקים סמכות במקום בו היא לא נקנתה מלכתחילה.

16. על יסוד האמור אציע לחברי, כי נעשה צו מוחלט הקובע כי ההחלטות המשנות מהסכם המשמורת ניתנו בחוסר סמכות ודינן להתבטל. אציע עוד כי בשל פרק הזמן שחלף, ייוותרו לעת הזו ההסדרים הנוהגים על כנם, עד להחלטה אחרת של ערכאה מוסמכת.

משיב 1 יישא בהוצאות העותרת, וכן ישלם לה את שכר-טרחת עורך-דינה בסך של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, כ"ד בתמוז התשס"ח (27.7.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

